

ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ РЕКЛАМИ

Термін «юридична характеристика» в цивільному праві традиційно охоплює найбільш сутнісні риси того чи іншого правового явища й дозволяє встановити його приналежність до загальноновизнаних в науці категоріальних структурних інститутів загального характеру. Він відображає рівень наукового пізнання й узагальнення правових явищ, їх емпіричну базу, систематику. Склалось сприйняття природи того чи іншого конкретного договору через його спрямованість (типологію): на передачу майна у власність або користування, виконання робіт, надання послуг, реалізацію авторських прав тощо. У роботах останнього часу на підставі методологічного співвідношення загального, спеціального й окремого з'явилася тенденція визначення юридичної природи і характеристики договору через призму його приналежності до правочину, зобов'язання, певного договірної типу, інституту. Такий підхід має звичайно право на існування, але він розмиває сталі підходи у визначенні певних категорій і тим самим спричиняє непорозуміння.

Юридична характеристика договору отримала на сьогодні легальну основу в інституті тлумачення правочину. З появою в цивільному законодавстві інституту тлумачення договору (ст.669 ЦК України (проекту) 1996 р. [1] для визначення юридичної природи договорів з'явилися об'єктивні критерії. Якщо виходити з того, що тлумачення умов договору здійснюється за правилами тлумачення правочинів, то ми повинні допустити, що це тлумачення може бути здійснене самими сторонами. Такий підхід зумовлений свободою людини, свободою власності і зокрема свободою договору. Це може призвести до виникнення у сторін розбіжностей у розумінні природи, сутності, характеристики й змісту договору. Більш того, цьому посприяли конструкції консенсуально-реальних конструкцій договорів у новому ЦК України. У законодавстві закріплено, що в разі виникнення у сторін розбіжностей в розумінні правочину суд може винести рішення про його тлумачення (ч.2. ст.204). Висхідним в цьому буде правова природа й характеристика договору. Хоча ні в практиці, ні в теорії ми ще не виявили рішень суду та робіт з цих питань, але, безсумнівно, в подальшому в цьому виникне необхідність. Відповідно й судові тлумачення правочинів стануть джерелами права й будуть обов'язковими для інших судів.

Закон також встановив орієнтири для тлумачення: буквальне значення вжитих сторонами слів, а якщо це не дає змоги в'яснити зміст окремих частин правочину, то його зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину зі всім його змістом. При неможливості встановити справжню волю учиненого правочину до уваги береться його мета, зміст попередніх переговорів, прийнята практика відносин між сторонами, звичаї ділового обігу, подальша поведінка сторін і інші обставини, що мають суттєве значення для тлумачення правочину. Виходячи з цього вважаємо, що визначальним при тлумаченні договору буде юридична природа й та правова модель, яка змодельована в законодавстві як висхідна для встановлення, зміни й припинення прав і обов'язків сторін. Це

зумовлене тим, що в законодавстві й судовій практиці повинні бути чіткі орієнтири для встановлення конкретних договірних відносин. В іншому разі ніколи не буде єдності права і правозастосовчої діяльності.

При тлумаченні договору це завдання значно спрощується, якщо у законі є модель даного правового інституту. Але набагато складніше, коли її нема. Згідно з ч. 2 ст.669 проекту ЦК України при тлумаченні договору можуть враховуватися також взірцеві умови договору, навіть в тому разі, коли в договорі нема на них посилань. Не дивлячись на підзаконний характер типового, взірцевого договору, навіть в тому разі, коли він відображає відомчий інтерес, ми все-таки можемо визначитися з правовою природою й характеристикою такої угоди та дати їй тлумачення. Між тим в практиці використовуються такі договірні конструкції, що не мають ніякої типової моделі. У кращому випадку це кимось розроблена і поширена проформа. Тоді суду доволі важко однозначно дати тлумачення, особливо якщо договори є комплексними чи змішаними.

Загалом договір – одна з найбільш давніх правових конструкцій узгодження волевиявлень автономних і юридично непідпорядкованих суб'єктів. Тому їх застосування протягом тривалого часу само по собі є свідченням того, що мова йде про таку гнучку правову форму, якої можуть набувати різні за характером суспільні відносини, навіть деякі адміністративно-правові (адміністративні договори). Це дає підставу розрізняти різновиди договорів у сфері публічного права і у сфері приватного права. Останні, будучи за своєю сутністю цивільно-правовими, поділяються на господарські, підприємницькі. За сферою і метою застосування на інвестиційні, банківські, допоміжні тощо. Безумовно, що все це повинно бути враховано при характеристиці того чи іншого договору.

У цивільному законодавстві договір, перш за все, є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків (п. 1 ч. 2 ст.11 проекту ЦК України). Це і правочин, і його різновид – угода двох та більше сторін, яка спрямована на встановлення, зміну і припинення цивільних прав і обов'язків (ч. 1 ст.658 проекту ЦК України). Отже, призначення договору у цивільному праві різне: підстава для виникнення цивільних прав і обов'язків, правочин, різновид зобов'язання, угода. Але основне призначення договору – врегулювати в рамках права поведінку людей для реалізації їх прав і законних інтересів. Тому закон лише окреслює межі їх можливої, а іноді й необхідної поведінки в типових усереднених моделлю договору відносинах, а також наслідки виходу за ці межі.

Договір – угода двох чи більше осіб, що учинена в передбаченій законом формі, доступна для сприйняття її змісту іншими особами й спрямована на певні правові наслідки. Природа договору значною мірою зумовлена його місцем у системі договірних прав, приналежністю до одного з усталених договірних типів і видів. Це має важливе значення з огляду на архітектоніку підрозділу 1 «Договірні зобов'язання» і особливо розділу III «Окремі види зобов'язань» нового ЦК, де кожному договірному типу передусє глава загального характеру, правила котрої поширюються на окремі договірні інститути. Вони детермінують загальну юридичну природу всіх договірних інститутів цього типу, наприклад купівлі-продажу, підяду, послуги. Разом з тим, в межах типу правова характеристика окремих інститутів може суттєво відрізнятися. Так, загальновідомо,

що договір дарування за юридичною характеристикою суттєво відрізняється від інших інститутів типу куплі-продажу.

Деякі договори, навіть широкоживані у практиці, не знайшли свого місця в новому ЦК, що актуалізувало питання про їх природу, місце в системі договірних зобов'язань, а опосередковано і їх характеристики. Такий підхід зумовлено тим, що особливе (договірний тип) повинно відображати риси загального (договір взагалі), а окреме (інститут договірного права) – риси певної групи інститутів договірного права (тип права). Це ми стверджуємо, опираючись на прийняту структуру договірних зобов'язань у новому ЦК.

Одним із не врегульованих новим ЦК договірних інститутів є договір на створення, розміщення та поширення реклами. Звідси низка проблем теоретичного та практичного характеру. Не дивлячись на його широке застосування в практиці, він не змодельований на рівні закону. Нема його також у Господарському кодексі України, в інших кодексах приватного права. Здавалось б, що в ЦК йому і повинно бути відведене місце як організуючому елементові господарських відносин. Але! Тому вважаємо за доцільне доповнити новий ЦК України главою про договір реклами.

Окремі фрагменти цього договору, як загальні і визначальні його елементи, є в Законі України «Про рекламу» [2]. Тому здебільшого у практиці застосовуються розробки практиків і опубліковані зразки рекомендаційного характеру. Це призводить до необхідності при встановленні характеристики зазначеного договору виходити із загальних засад договірного права. При цьому втрачаються певні риси індивідуалізації.

Характеристика договірної інститути має загальноорієнтовний характер. Вона вказує на характер самого зобов'язання, момент його виникнення. Можливі негативні наслідки та способи забезпечення виконання зобов'язань.

Договір на створення реклами є двосторонім, де рекламіст та рекламодавець мають взаємокореспондовані суб'єктивні права та юридичні обов'язки. Можна ствержувати, що зобов'язання сторін у рекламній угоді – взаємні і не рівноспрямовані. Тому справедливою є думка О.С. Йоффе, який вказував, що «взаємними називаються обов'язки, кожен учасник яких є кредитором і боржником одночасно. Їм можуть протиставлятися обов'язки, у яких одна особа виступає тільки як кредитор, інша – тільки як боржник» [3, с.265]. Характерною особливістю договору є те, що це волевой акт взаємний, і потребує взаємного узгодження. Для двосторонніх договорів характерна зустрічна спрямованість і протилежність (дзеркальність) прав і обов'язків сторін. Виходячи з умов договору реклами, основним правом клієнта є отримання результатів роботи з реклами та обов'язок затвердити програму робіт по рекламуванню, етапи та зміст рекламної кампанії, зразки рекламного товару, надати необхідну для розроблення реклами інформацію (технічні характеристики продукції, опис послуг і т.п.), оплатити роботу рекламіста. **Рекламіст** зобов'язаний подати на затвердження рекламодавцю у встановлений договором строк детальну програму робіт з реклами продукції із вказівкою кількості та якості рекламованих виробів.

Сама програма після її затвердження стає невід'ємною частиною договору в цілому. Рекламист здійснює всі попередні для виготовлення реклами дії: макетування, підготовку ескізів, складання текстів тощо, а також виготовлює плакати, брошури, проспекти, стенди, слайди, фільми, відеокасети, магнітні записи, значки, оголошення тощо, які рекламують продукцію рекламодавця; подає на затвердження рекламодавцю зразки належної до тиражування рекламної продукції до початку тиражування; ознайомлює рекламодавця на його вимогу з ходом робіт по виготовленню реклами; розміщає рекламу (публікує оголошення, розвішує плакати, розсилає проспекти тощо). Якщо розповсюдження реклами здійснює рекламодавець, то цей обов'язок рекламистом не виконується. В рекламному договорі можуть бути задіяні декілька осіб виконавців (супідрядників).

Договір реклами може бути як реальним, так і консенсуальним. Це залежить від угоди сторін. Здебільшого це договір консенсуальний. В основі розмежування договорів на реальні і консенсуальні лежить визнання правотворюючим фактом або самого правочину (угоди), або його реального виконання. У першому випадку договір вважається консенсуальним навіть за тих обставин, якщо він виконується у момент його укладання (договір куплі-продажу у роздріб). Якщо правовий наслідок настає лише в разі виконання договору у момент його укладення – договір є реальним. Укладення консенсуального договору означає виникнення суб'єктивних прав і обов'язків уже з моменту досягнення згоди щодо всіх суттєвих умов. Консенсуальність передбачає визнання договору укладаним у момент його акцепту [4, с.314]. Цей момент розглядається як єдиний і необхідний для встановлення між сторонами правового (договірного) зв'язку юридичний факт. Зазвичай у дефініції це встановлюється через слово «зобов'язується». Для визнання *договору реальним укладення лише* угоди мало, а необхідна дія з виконання обов'язку (передача речі або майна). Тому договір є укладеним з моменту такої передачі. Здебільшого це характерно для спонтанних волевиявлень: дарування, позика.

Договір реклами як підприємницький є *оплатним*. При його укладенні сторони намагаються досягти майнового інтересу. Рекламодавець – збільшити свої прибутки, рекламист за рахунок виконання рекламних зобов'язань – отримати прибуток. У французькому цивільному праві цей договір є безіменний, взаємообов'язуючий, трьохстороння домовленість приватного права. Він укладається за правилами договорів приватного права [5, с.257]. Категорія безіменних договорів уперше отримала таке визначення в римському праві через їх новизну, невідомість і необхідність надати правовий захист їх учасникам. Безіменними (*contractus innominati*) називали договори, що знаходилися за межами створених законодавцем договірних моделей [6, с.236]. Вони характеризувалися значним розширенням меж позовного захисту. За цим договором сторона, яка виконала свої зобов'язання, мала право вимагати від іншої не тільки повернення виконаного, але і самого виконання договору. За характером ці договори наближені до реальних, оскільки виникали з моменту здійснення однією з сторін майнового надання, а не з моменту укладення угоди. Серед основних типів безіменних контрак-

тів в кодифікації Юстиніана, на наш погляд, для реклами найбільш придатний наступний: «Я здійснюю на твою користь певну дію з тим, щоб ти передав мені право власності на річ – *facio, ut des*». На наш погляд, тепер ще виникле у Стародавньому Римі негативне ставлення до безіменних контрактів почало змінюватися на краще. При цьому з визнанням домінанти права необхідно забезпечити охорону прав учасників тих договорів, що волею випадку zostалися поза межами сконструйованих законодавцем моделей. Якщо дозволене все те, що не заборонене законом, то можна укласти такі договори, які не суперечать ні закону, ні охоронюваному правом інтересу. Необхідною умовою захисту прав учасників таких договорів повинна бути їх відповідність загальній моделі цивільно-правового договору. В Україні непоіменовані договори отримали формальне визнання в ч. 1 ст.4 ЦК Української РСР, згідно з якою цивільні права та обов'язки виникають як з угод, що передбачені законом, так і з угод, котрі хоча й не передбачені, але не суперечать закону. Таким чином, у рамках права вирішується питання про правовий захист прав сторін багатьох видів договорів, що не увійшли до ЦК.

Сам договір реклами є складним і альтернативним у виборі змісту. З його укладенням, по суті, виникають дві групи відносин: *основні* (внутрішні) і *похідні* (зовнішні). Внутрішні зобов'язання утворюються між сторонами договору: рекламістом і рекламодавцем. Зовнішні – між рекламістом і третіми особами. Вони не входять у предмет договору реклами, але безпосередньо ним зумовлені.

При проведенні дослідження маловідомих правових категорій зазвичай прийнято піддавати аналізу етимологічне значення їх складових (слів) та спрямованості норм матеріального права. Власне, в них формалізовано поняття реклами як об'єкта правовідносин і договору зокрема. На цій основі є можливим моделювати похідні правові категорії, в тому числі й договору реклами. Висхідними для цього є поняття «договір» і «реклама», що мають легальні й доктринальні визначення. Договір – угода двох чи більше осіб, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків (ч. 1 ст.658 ЦК), а реклама – різновид інформації. Їх відповідність домінуючій правовій доктрині, прийнятим підходам у законодавстві інших країн та традиційність не викликають сумніву. Тому будемо їх дотримуватись і ми. Власне, з цього ми й виходили при характеристиці цього досить молодого договірного інституту.

Список літератури: 1. Проект Цивільного кодексу України // Українське право. 1966. Число 2. Спецвипуск. 2. Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996р. // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 39. Ст.181. 3. Комментарий к ГК РСФСР /Под ред. Флейшиц Е.А., Иоффе О.С. М., 1970. 4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 1998. 5. Гавальда К., Сттуфле Ж. Банковское право: Пер. с франц. / Под ред. Лисняка В.Я. М., 1996. 6. Подопригора А.А. Основы римского гражданского права. К., 1994.

Надійшла до редколегії 02.04.03